

判例研究

教科書検定違憲訴訟の訴えの利益——第二次家永

教科書訴訟上告審判決

公 法 判 例 研 究 会

昭和五七年四月八日最高裁判所第一小法廷判決（昭和五十一年（行ツ）第八五号検定処分取消請求事件）判例時報一〇四〇号三頁・判例タイムズ四七〇号五四頁——破棄差戻

【判決要旨】 一 教科書とすべき図書の発行者からの検定申請に対する不合格処分について、右図書の著作者も、

右処分の取消を訴求する原告適格を有する。

二 教科用図書検定規則（昭和三十三年文部省令第四号、昭和五十二年文部省令第三二号による改正前のもの）にもとづく教科用図書検定基準（昭和三十三年文部省告示第八六号）により教科用図書の検定における審査基準の実質的内容とされている学習指導要領が改正されて新たな学習指導要領が全面的に実施された場合には、原則として、改正前の学習指導要領のもとで検定に合格した教科用図書についての同規則一〇条、一一条による改訂検定は許されない。

三 検定不合格処分がなされた当時施行されていた学習指導要領が、改正の結果全面的に変更された場合には、原則として、右検定不合格処分の取消によって回復すべき法律上の利益は消滅するが、例外として、学習指導要領の変更の程度が微少な場合には新審査基準による改訂検定が許され、訴えの利益が存在する。

【事実】

(一) 被上告人(被控訴人・原告) 家永三郎氏(元東京教育大学教授・現中央大学教授)は、昭和二十七年以来、高等學校日本史用教科書『新日本史』を執筆し、三省堂から検訂を申請し、初版本は同二八年度から教科書として使用されてきた。その後改訂の都度検定申請が行なわれ、同三七年八月に、四訂版本についてこれを全面改訂(五訂版)して検定申請をしたところ、同三八年四月、上告人(控訴人・被告) 文部大臣は、三二三か所の記述に欠陥があるとして検定不合格処分をした(五訂版第一次検定)。家永教授は、同年九月に、修正を加えた上で再申請をしたところ、同年、七三か所に修正意見(A意見。修正しなければ不合格となる)、二一七か所に改善意見(B意見。修正する方が望ましいが、修正するかどうかは最終的には著作者の意思に委ねられ、修正しなくとも不合格となることはない)が付いた条件付合格処分がなされた(五訂版第二次検定)。家永教授は、やむなく文部大臣の指示した右意見に従って削除または修正をし、昭和三九年四月に、右全面改訂について合格処分がなされ、これが五訂版本として同四〇年度から使用された。

(なお、これをめぐり、家永教授は、同四〇年六月に、右三七年の不合格処分および三八年の条件付合格処分はいずれも違憲・違法であり、これによって学者としての良心を傷つけられ、多大の精神的苦痛を受け、かつ、不合格による教科書発行不能のため得べかりし印税収入を失ったとして、国家賠償法一条により国に対して損害賠償を請求する訴訟を提起した。これがいわゆる第一次家永教科書訴訟である。その第一審(東京地判昭和四九年七月一六日判時七五一号四七頁(高津判決))では、原告一部勝訴となり、現在、東京高裁に係属中である。)

(二) ところで、その後、家永教授は、右五訂版本について三四か所の部分改訂をし、昭和四一年一月、発行者三省堂から改訂検定の申請がなされた。しかし、翌四二年三月、文部大臣は、そのうち次の三件六か所について不合格処分をした。それは、(一)各編の扉の頁におけるさし絵の説明に「歴史をささえた人々」という見出しを記載するもの(四か所)、(二)古事記・日本書紀にかんする脚註で、記紀の神代の物語等は「皇室が日本を統治するいわれを正当化するために構想された物語である」旨を追記するもの、(三)日ソ中立条約の記述にかんし、「ソビエト連邦の提案に応じて、」という部分を削除するもの、である。これらの記述は、五訂版第二次検訂申請の原稿のそれと同一のものであり、右検訂の際にB意見が付されて削除・修正したものであるが、

この改訂申請にあたり、改めて五訂版第二次検定に係る白表紙本の記述のとおりに復活させようとしたわけである。不合格の理由は、右箇所はいずれも欠陥があるとしてB意見が付されそれに従って修正したものであるのに、これを元の表現に戻そうというのは改訂前よりも改悪することを意味し、教科書の改善向上を図るという改訂検定制度の趣旨に反する、というにあった。これに対して、家永教授は、同四二年六月、文部大臣を相手に、右三件六か所の不合格処分の取消を求めて行政訴訟を提起した。そこにおいて原告は、本件検定不合格処分が、表現の自由と検閲の禁止（憲法二一条）に反し、また、執筆者の学問の自由（同二三条）と国民の教育を受ける権利（同二六条）を奪い、教育行政が不当に教育内容に介入して教育の自律性（教育基本法一〇条）を侵害するものであり、そして、検定の手続が適正手続（憲法三一条）によらない等、違憲・違法であること、さらに、そのような検定実態を必然的にもたらす現行教科書検定制度そのものが違憲・違法であること、を主張した。これが本件いわゆる第二次家永教科書訴訟である。（なお、その後、『新日本史』は、不合格となった改訂箇所については従前の記述のままで引き続き発行されていたが、同四五年の学習指導要領の全面改訂にもなつて全面的に書き改められて、同四七年に新規検定を受けている。したがって、現在ではこの新版が発行され、本件検定処分の対象となつた旧版教科書は絶版とされている由である。）

この第二次訴訟で、第一審（東京地判昭和四五年七月一五日行裁例集二一巻七号別冊一頁・判時六〇四号一頁（杉本判決））は、憲法二六条は子どもを教育する責務を担うものは親を中心とする国民全体である旨を定めたものであつて、国家が教育内容に介入することは基本的に許されず、また、憲法二三条は下級教育機関における教師についても基本的に教育の自由を保障したものであり、さらに、憲法二二条二項は教科書検定が執筆者の思想（学説を含む）の内容の審査にわたる場合、これを「検閲」に該当するものとして禁止しているものである、等とした上で、本件検定不合格処分は憲法二二条二項および教育基本法一〇条に反して違憲・違法であるとし、原告勝訴の判決を下した。これに対して、被告・文部大臣より控訴がなされた。

第二審（東京高判昭和五〇年一月一九日判時八〇〇号一九頁（呼上判決））は、憲法上の争点を回避して判断を行政レベルに限定する手法を採つて、全面改訂も部分改訂も検定の趣旨は同一であつて部分改訂についてのみ「改善」でなければならぬとする理由はないのに、三八年検定においてB意見であつた記述を不合格としたのは行政の一貫性を欠き裁量の範囲を逸脱して

違法である、と判示し、控訴を棄却した。文部大臣が上告に及んだ。

二 上告理由は、次の三点を内容としている。(一)教科書とすべき圖書の発行者(訴外・三省堂)からの検定申請についてなされた検定不合格処分に対して、右圖書の著作者(家永教授)はこれの取消を訴求する原告適格を有しないこと(上告理由第一点)、(二)教科用圖書検定規則(昭和三年文部省令第四号、昭和五二年文部省令第三三号による改正前のもの。以下「検定規則」と略称する場合もある)一〇条の規定にもとづく部分改訂検定制度の趣旨は、教科書の改善向上を図るところにあり、したがって、改訂検定においては、記述の改善が図られているかどうかが合否判定の基準とされるべきことは明らかであるにもかかわらず、原判決には、改訂検定制度の趣旨、目的等について審理不尽のため、法令の解釈を誤った違法があること(上告理由第二点)、および、右の諸点に加えて追加主張されたものとして、(三)学習指導要領の改正(本件教科書は昭和三五年改正の学習指導要領にもとづくものであるが、これは同四五年に全面改正され、同五一年四月一日からはこの四五年改正学習指導要領にもとづく教科書が全学年をとおして実施されることとなった経過)により、本件訴訟はこの五一年四月一日以降訴えの利益を喪失していること(上告理由第三点)、がそれである。

これに対し、被上告人・家永教授は、(一)検定処分の対象はその圖書であつて、処分の効果は、申請者が発行者であるか著作者であるかを問わず、その両者に及ぶ。したがって、不合格処分で著作権を制限された家永教授は、処分の取消を求める法律上の利益を有している。(二)教科書検定の諸規則の中に、部分改定では一般の検定基準に加えて「改善」でなければならぬという規定はない。表現の自由を制約する行政処分には、明確な運用基準が不可欠であるが、その明文規定は存在しない。それにもかかわらず、明文の規定にもとづかない「運用上の基準」を主張して行政処分を正当化することは許されない。(三)学習指導要領が変われば部分改訂検定が許されなくなるといふ明文の規定はない。現行制度では、学習指導要領改正後も旧指導要領にもとづく教科書が使用されている。不合格処分を受けた圖書は副教材としても使用できなくなることや、家永教授の名誉・信用の回復の点からも、訴えの利益はなくなっていない。行政当局の一方的な学習指導要領改正によつて訴訟ができなくなるというのは、国民の法常識に反する⁽²⁾、等の反論をしていた。

【判決理由】 一 上告理由第一点について。

論旨は被上告人に原告適格がない旨主張するが、「本件各検定不合格処分にかかる図書の著作権者である被上告人は右処分の取消しを訴求する適格を有する」とした原審の判断は、その説示に照らし、正当として是認することができる。論旨は、採用することができない。」

二 上告理由第三点について。

(一) (審査基準の変更と改訂検定との関係)「改訂検定の手続は、検定規則上特にその旨を明示してはいないが、改訂しようとする検定済み教科書の検定当時の審査基準と改訂検定時のそれとが同一であることを前提とするものであり、その間に審査基準の変更があつた場合には、原則として、改訂部分についてのみなされる改訂検定は許されず、改めて右改訂部分を含む全体について新しい審査基準による新規検定を受けなければならないものと解するのが相当である。」「教科書検定において審査基準が変更され、それが全面的に施行されるに至つた後は、原則として、旧審査基準のもとにおける検定を経た教科書についての新審査基準による改訂検定は、これを行うに理由なきこととなるものと解するのが相当である。」

(二) (学習指導要領の改正と訴えの利益の存否)「そうであるとすれば、〔学習指導要領は教科用図書検定基準により検定における審査基準の実質的内容とされているものであるところ、〕……旧学習指導要領は昭和五十一年三月三十一日の経過をもつて失効し、それに代つて新学習指導要領が全面的に実施され、これに伴つて本件各改訂検定申請に適用される審査基準も変更をみるに至つたのであるから、仮りに本件各検定不合格処分が取り消されても、昭和五十一年四月一日以降は原則として本件各改訂検定申請につき新たに審査をすることは許されないこととなり、その結果被上告人は本件各検定不合格処分の取消しによつて回復すべき法律上の利益を失うに至つたものということにならざるをえない。」

「しかしながら、右に述べたところはあくまで原則論であつて、学習指導要領の変更といつてもその内容及び程度は区々でありうべく、学習指導要領が教科書の検定における審査基準として機能する場面においても、右の変更が審査に及ぼす影響の内容及び程度にはさまざまな相違がありうると考えられ、その変動が微小であつて審査基準の実質的な変更とみるべきものが少ない

ような場合には、改めて新審査基準による新規検定を経なければならぬとする実質的必要性に乏しく、旧審査基準のもとにおける検定を経た教科書をそのまま使用させ、あるいはこれにつき新審査基準による改訂検定を経て部分改訂をしたものを使用させることとしても、必ずしも教科書検定の趣旨、目的に反せず、また、その整合性、一貫性をそこなうこともなく、諸般の事情からみてそれが最も合理的と認められるような場合も想定されないではない。そして、もし右のような場合には例外的に新審査基準による改訂検定が許されるところの解釈が可能であり、かつ、本件の場合がこれにあたるものが肯定されるとすれば、被上告人はなお本件各検定不合格処分取消しの訴えの利益を失わないといえることができるのである。」そこで、右のような解釈が可能かどうか、また本件の場合がこれにあたるかどうかにつき的確な判断をすることが必要であるが、そのためには、「改訂検定制度と審査基準の変更との関係についての検定審査の運用面からの考察を含むより具体的な究明と、本件学習指導要領の改正が本件教科書の記述に及ぼすべき影響の内容及び程度等についての検討を必要とする。」

それゆえ、その余の点についての判断を省略し、原判決を破棄したうえ、更に右の点の審理を尽くさせるため、本件を東京高裁に差し戻す。

【参照条文】 行政事件訴訟法九条、教科用図書検定規則（昭二三文部省令四号、昭五二文部省令三二号による改正前のもの） 一〇条・一二条

【批評】 判決要旨のうち、前記一の判示は妥当であるが、その余の点は疑問が多く、判旨には全体として同意できない。

一 家永教科書訴訟は（本件第二次訴訟のみならず第一次訴訟もまた同様に）、その提訴以来、教育に対する行政のあり方を憲法に照らして問い直す裁判として、法学においてはもとより広く国民的な関心を集めてきたものである。すなわちそれは、高等学校用日本史教科書に対して文部大臣のする検定の是非をめぐる行政訴訟（第一次訴訟は国家賠償訴訟であるが、以下では専ら本件第二次訴訟について述べる）であるが、実質的に、戦後教育行政の実態を憲法

と教育基本法を基準にして根本的に匡す憲法裁判ないし憲法教育裁判としての意義を担ってきた。そして、第一審形本判決が、「事実」欄でも若干触れたように、この事案に対して深い教育学的・憲法学的分析を加えたことによつて、この訴訟のもつ右の意義は一段と豊かなものとなったといえる。それにもかかわらず、第二審判上判決において、憲法判断を回避して行政法のレベルで処分違法を判示する手法が採られたことによつて、この訴訟の争点は、憲法問題を離れてたんなる法律違反の有無を論ずるものに局限されることとなり、今回の上告審もまた、その範囲で争われたわけである。とはいえ、違憲立法審査権をもつ終審の裁判所としてわが国統治構造のなかで極めて重要な位置を占める最高裁判所が、教育をめぐる本質的な論点を内包する具体的争訟に対して、窮極的には憲法教育条項を念頭に置きつついかなる解決を示すかには、大きな注目の集まっていたところであり、そのため、今回の上告審判決をめぐっては、これが出されて以降、既に多数の判例研究の公刊をみている。⁽³⁾

事情が右のようであるとすれば、本判決に対しては、本件訴訟が本来担っていた課題（憲法裁判としての教育裁判）の側から外在的に批判を加える論調も出されようけれども、先にも触れたとおり、本件訴訟は、控訴審段階で既に憲法裁判から通常の行政法上の争点を論ずる訴訟に矮小化されてしまっていたのであり、⁽⁴⁾ 原審でそのような争点しかもたないものとなった訴訟を受けた上告審が、教育の本質論や憲法論を展開しなかったのはむしろ当然といえよう。⁽⁵⁾（ただ、最高裁は、これまでも一再ならず、当該争訟の解決には全く不必要な判断を付加する判決手法を採ったことがあるから——朝日訴訟上告審判決において上告人の死亡による訴訟終了を判示しながら、「念のため」として生存権の法的性格にかんする傍論を付したのはその典型である——、今回こうした手法を採らなかつたことには、最高裁の機能・役割を分析する上で、一応留意しておいてよいと思われる）。とはいえ、上告審判決の示した訴えの利益論等には疑問の余地も少なくない。したがって、本件判決に対しては、それが提示した論点に即した内在的な批評を加える作業が不可避かつ有益なものと思われ、本稿でも、以下に、そのような批評を、原告適格論（二）、訴えの利

益論(三)の順に試み、加えて、その他の問題にも若干言及(四)しておきたい。

二 原告適格については、本判決は、教科書著作者である家永教授には、検定の申請者でなくとも、処分の取消しを求める適格が認められるとしており、その結論は正当である。ただ、その理由としては、原審の判断はその「説示に照ら」して是認しうるとするだけで、独自の判断を示してはいない。この点についての原審の説示部分は、本判決は明示していないが、「検定合格処分の効果はその図書そのものについて生じ、申請者とならなかった他の一方にも当然及ぶ」とした個所を指すものとみられる。敷衍すれば、原判決は、教科用図書検定規則三条には教科書とすべき図書の著作者又は発行者は、その図書について教科書としての検定を申請することができ旨が定められているから、検定申請が右の一方のみによってなされたとしても、申請者自身に特有の理由による処分でない限り、検定処分の効果は図書そのものについて生じ、申請者とならなかった他の一方にも当然及ぶと解され、したがって、本件でも申請者でない家永教授も原告適格を有する、としているのである。

右のような説示は、検定処分を対物処分とみなしたものである⁽⁶⁾。たしかに、検定処分は、——その法的性質を特許・許可・確認のいずれと解するかにかわりなく——当該図書の教科書としての適否を判定する作用であって、こうした検定処分の性質にもとづいてその対物的効果が導かれるのである。すなわち、検定規則三条は、申請者の範囲を、検定の無用なくいかえし、ないし不統一を避ける目的で定めたものであって、検定処分がいかなる効果を有するかを直接規定したものではない。それは、右に述べたように検定の本質から判断されるべきものであるところから、検定処分の対物効の及ぶ図書につき法律上の利益を有する者は、同時に検定処分の取消しについても法律上の利益を有することになるものと解され、教科書の著作者と発行者はともに検定処分についてこれを有しているものとみて差支えないであろう。検定規則三条は、むしろ、このことを前提にして両者のいずれでも申請者となりうることを定めたものと解されるのである⁽⁷⁾。

もつとも、上告理由のように、原告適格は当該行政処分を争うにつき最も適切と思われる者に対して認められるべきであつて、その最も適切な者とは利益を共通にする者のうち処分の相手方であるところ、自由意志によつて申請者とならなかつた者にまで処分を争う適格を認める必要はない、とする立場もあるが、こうした立場からは、著作・発行者のうち申請者とならなかつた者が処分取消の訴訟を提起しようとする場合、こと改めて検定申請をして不合格処分を受けなければならないという非常識な事態を招来することになり、法がこの立場に立つものとは到底考えられない。それに加えて、基本権論のレベルでいえば、検定不合格処分は、発行者の側では出版の自由ないし営業の自由・所有権が影響を受けるのに対し、著作者の側では主として学問の自由が問題となるのであるから（また、両者ともに援用しようと思われる教育の自由も、双方で性格・濃淡の差がありえよう）、前者に後者を代弁させるのは適切でないとしなければなるまい。

なお、本件において判決が、処分の相手方でない非申請者にも原告適格を肯認したのは、右に述べたとおり、検定処分が対物処分であることを根拠にしたものと解すべきであつて、これを、一論文⁽⁹⁾のように、個人相互の利益が相反する事案で第三者の原告適格を肯認した事例の一つに教えるのは誤りであると思われる。

三 本判決の中心は、上告理由第三点の訴えの利益についての判示であり、家永教授の訴えの利益が喪失している旨を——例外がありうることを留保して——結論したわけであるが、その判断内容には、問題とすべきものが少なくない。本判決は、学習指導要領が審査基準の実質的内容と「されている」事実を承認する観点に立つて新旧両学習指導要領の双方にまたがる改訂検定は原則として認められないとの判断を示した上で、それを前提にして、本訴の係属中の法的基準の改正による訴えの利益の喪失を判示する、という構成をとっている。右の諸点のそれぞれを検討しておこう。

(一) まず、学習指導要領の性格、とくにそれと教科書検定制度との関係について、判決は、「教科用図書検定制規

……、教科用図書検定基準……及び同検定基準により検定における審査基準の實質的内容とされている、高等学校学習指導要領」(傍点は引用者)という書き方をして、学習指導要領を検定基準の内容をなすものとして扱っている行政実例を是認している。なるほど、検定の法的仕組みは、現在、学校教育法(二一条のもとで、教科用図書検定規則・高等学校教科用図書検定基準(昭五四文部省告示二三四号。義務教育諸学校用のものは昭五二文部省告示一八三号として別に出ている)などにより形造られ、加えて、教科用図書検定基準内規(初等中等教育局長通知)や「小学校用、中学校用および高等学校用教科用図書の検定申請新原稿の調査評定および可否判定に関する内規」(教科用図書検定調査審議会決定)などがつくられていて、そのうち、右検定基準が、学習指導要領に言及している。すなわち、本件教科書検定がなされた⁽¹⁰⁾当時の教科用図書検定基準によれば、各教科共通の「絶対条件」の一つとして、学習指導要領に定める当該教科の目標と一致していること、が定められ、また、社会科学の場合の「必要条件」の一つとして、教科書の扱う範囲が学習指導要領に示す目標・内容によっていること、が掲げられている。

しかし、これをもって学習指導要領が包括的に審査基準とされているかのようにみる判決の漫然とした捉え方には、疑問が向けられざるをえない。なぜなら、経過的にも、教科書検定法制と学習指導要領とは、各々が独自の目的と沿革をもっていることもあって、必ずしも一義的に関連づけられてきたわけではなく、教科書検定の効力は、学習指導要領の改正とはかわりなく、その改正後も維持するものとされ、また事実、旧学習指導要領にもとづいて検定合格した教科書が新学習指導要領のもとでも使用されているからである。このことは、とくに、教育内容の大綱を定めるものとされる学習指導要領が、その出発した最初の時からかなりの期間にわたって「試案」の文字が付され、教師が教育課程を編成する場合の基本的な示唆を与える参考文献であると位置づけられていたことによく示されている。その点からすれば、そして、「告示」の形式がとられ法的拘束力あるものとされた時以降の学習指導要領でもその内容が教科書の記述を逐一画定しうるほど詳細なものではないことから、右に摘示した検定基準の各項目は、学

学習指導要領を、それが示す大綱的な教科目標・内容に限って審査基準とすることを定めたものと解されてよいのである。⁽¹³⁾

したがってまた、この判決が学習指導要領の法的拘束力を再確認したとみるのは、かなり不用意な解釈であると思える。学習指導要領が法的拘束力を有するかについては、周知のように憲法学・教育法学の近年の有力学説がこれに否定的見解を示しているが、ここではそれに立ち入らずに、学力テスト旭川事件上告審判決（昭和五一年五月二日刑集三〇巻五号六一五頁）の判示に拠るとしても、それは、学習指導要領が全体として「全国的な大綱的基準」としての性格しかもたないものとみた上で、教育内容にかんする法的な「基準の設定」をする文書としてこれを是認したにとどまるものであり、そして、今回の判決は、この論旨に言及することなく、ただ手続法上、訴えの利益の存否を判定する事由になるとの判断（それは先に述べたとおり疑問の多いものであるが）のみをしているのである。つまり、今回の判決は「学習指導要領が実体法上法規としての性格を有するものであるかどうか明確な判示をしていない」⁽¹⁴⁾ものと解されなければならない。

(二) つぎに、新旧両学習指導要領にまたがる改訂検定の可否、すなわち、学習指導要領が改正された場合に旧要領により検定をうけた教科書についてこれに新要領にもとづく「改訂検定」（全体のページ数の四分の一未満の範囲内の部分的な改訂の検定をいう〔検定規則一〇・一二条〕。「新規検定」と区別される用語である）を行なうことができるか、が論点となるが、判決は、これを原則として否定している。これについては、「学習指導要領という文部省告示の改正があつた以上は、原則として新学習指導要領によつて検定が行なわれるべき筈であるとする後法優位の考え方を基本にしてあるもの」として片付ける論調⁽¹⁵⁾もあるが、告示の形式をとっていることだけをとらえて右のようにいうのは安易に過ぎるのであって、憲法・教育基本法にもとづく現行教育法制をふまえた上で学習指導要領の法的性格を考察し（教育内容への教育行政の介入を抑制する現行教育法（とくに教育基本法一〇条）のもとでは学習指導要領の全体にわたって法

的拘束力を承認することは困難であろう、その改正が検定の効果にいかなる影響を及ぼすのかを判断するのでなければならぬ。

判決も、旧学習指導要領による改訂検定は可能ではないかとの議論をとりあげ、「明文の反対規定が存しない以上、改訂検定は……旧審査基準による部分改訂についての検定も含み、これを許すものと解すべく、殊に旧審査基準がなお効力を有していた当時に改訂検訂の申請がされていたような場合には、そのような解釈をとることが必要であり、また、妥当でもあると」(の議論は、「形式的にみればそのようないえないことはない」(「内は引用者」とし、「審査基準が変更されても旧審査基準のもとで検定を経た教科書が検定済み教科書としての効力を失わない」ことを認めている。そして、現実にも旧学習指導要領により検定をうけた教科書が使用されている¹⁷⁾。そうであるにもかかわらず、判決は、改訂検定が便法として設けられた簡易検定手続であることの他に、主として、「一般的にいつて」新審査基準のもとで検定を経た教科書が使用されることが「最も望ましい」ことを根拠にして、結局、右の議論は採用できないとしているのである。たしかに、学習指導要領が改正されて新しい教科書が出版されるとき、旧学習指導要領に即して検定された旧教科書が有効なものとして併存していたとしても、それが採択・使用される事実上の可能性は小さいとはいえず。しかしながら、論者が正当に指摘するように、旧教科書を、新学習指導要領を考慮しつつ使用する方が授業し易い場合も、また新教科書を主教材とし旧教科書を副教材として比較的に用いることが適切な場合もあるであって、これらの教育方法を法的に禁止することは現行教育法制上許容されない。また、本来、学問本質的について、日本史の場合でも「指導要領が変わるまいが日本史の体系そのものは大きく変らない」¹⁸⁾わけであり、逆に、ほぼ一〇年ごとになる学習指導要領に合わせて「わずか一〇年ごとに内容がガラリと変わる教科書では、²⁰⁾そもそも教科書たりえない」といえるのである。判決は、遺憾ながら、こうした教育法的原理に考慮を払うことを怠ったものといわねばならない。

なお、右の「原則」的判断の「例外」にあたる判断は末尾近くで展開されているが、それに対する本稿のコメントは、後の(四)項で、訴えの利益をめぐると同様な判断形式のもつ問題性と併せて述べることにする。

(三) そして、以上の判断を前提にして、判決は、被上告人の本件検定不合格処分の取消を求める訴えの利益が原則として喪失したものと結論している。評者の、右(一)・(二)で示した立場からすれば、新学習指導要領にもとづく改訂検定は認められるから、本件処分を取消す判決により検定合格処分を受けうる地位が回復されることになり、訴えの利益は当然肯認されることになる。ただ、ここでは、一応、判決の論旨を前提とした上で、訴えの利益の存否を検討しておこう。

1 判決は、上告審係属中に旧学習指導要領が「失効」し、それによって、本件処分が取り消されても本件改訂検定申請について新たに審査することができなくなったから、訴えの利益は原則として消滅したとする。一般に、訴訟係属中に法令ないし法令に準ずる法的基準が改正されることにより訴えの利益が喪失すること自体は、異論のないところである。⁽²⁾ただ、本件の場合、旧学習指導要領の全面「失効」は、事実審たる原審における最終口頭弁論期日後に生じたものであって、議論の余地があり、現に被上告人側は、こうした場合に上告審が本案前の裁判で訴訟を終結させうるのは「訴えの利益喪失の原因とされるものが外形的に明確であるような例外的場合に限定されるべきである」旨主張していた。裁判所は、これを、「そのように限定的に解すべき理由はない」と斥けているが、民訴学説においては、本案判決の適法要件である訴訟要件は原則として事実審の口頭弁論終結時に存在すれば足りるとするものがむしろ多数説であり、また、常識的にみても、提訴より約九年を経た時点で、法律審たる上告審段階において、しかも相手方による一方的な行為によって生じた事由(旧学習指導要領の全面「失効」)によって訴えの利益が消滅したとすることは、本質的には、国民の裁判を受ける権利(憲法三二条)の侵害にもつながりかねないものといえるのではなからうか。

ただ、判決の訴えの利益論の中で見落してはならないと思われるところがある。それは、一般的判示にとどまてはいるが、取消訴訟の訴えの利益は「法益の回復の可能性が存する限り、たとえその回復が十全のものでなくとも、なお……肯定され」、「回復の可能性が皆無」(傍点は引用者)となった場合にのみ喪失するとしている点のほかに、判決全体として、訴えの利益の存否判断を本案と関連させて行なうべきであるとの見地を採っているとみられる点であり、注目しておきたい。

2 訴えの利益をめぐって、被上告人は、以上に触れた主張に加えて、いわゆる訴えの付随的利益が存在することを、次の三点にわたって主張している。裁判所が不十分にしか、または全く判断を加えていないものであるが、取り上げておこう。

その第一は、同一の教科書についての著作者ないし出版者と検定機関との関係は継続的關係であるから、不合格処分が取り消されれば、その後、当該内容の記述をしても不合格処分を受けない自由を取得・回復することができる、というものである。裁判所は、これに対して、本件検定不合格処分が取り消されてもその記述が今後の検定において合格とされる可能性は事実上のそれにとどまり、訴えの利益を基礎づけるものであるとして簡単に斥けている。たしかに、こうした理解は最高裁がこれまで採ってきたものであるが、学説上異論も見られ、また、下級審ではこれと異なる判決も少なからず出されている。本件では、教科書の検定申請は(とくに家永日本史教科書のように永年にわたって継続的に出版されているものについては)いわば「点」⁽²²⁾としてではなく、継続的な「線」⁽²³⁾としてなされているのであるから、そうした実態に即した訴えの利益論の構成が求められていたといえる。

第二は、検定不合格の図書は現行行政実例(昭二三・八・二四教科書局長通達)によって副教材(学校教育法二二条二項)として使用される途も封じられていることから、不合格処分が取り消されることによって副教材としての使用可能性を回復することになり、こうした法的地位の回復の可能性は、訴えの利益を基礎づけるに十分である、との主張であ

る。この点は、被上告人側が「いちばん突破できないだろうと信ずる」ものであった由であり、裁判所はこれに——判断を省略した「その余の点」に含めたのか——全く言及しなかったのであるが、行政事件訴訟法九条括弧書きの規定にもなじみうる具体的・現実的な利益論であると思われる。

そして第三に、本件処分によって毀損された被上告人の名誉や学問的信用を回復するという意味においても本件処分取消しの訴えの利益があることが主張されている。これについての裁判所の判示は、右の被害に対しては国家賠償請求の方法でその救済を求めることは格別、取消訴訟の訴えの利益の根拠にはならない、というものである。たしかに、従来から名誉・信用の侵害についての違法性認定は国家賠償の方が直截かつ容易であるとされてきたが、処分によって派生的に生じたそれらの人格的利益に対する侵害の方が経済的損害より重大かつ深刻であるような事案については、国家賠償によつては救済が十分になしえず、取消訴訟による必要があると解さねばならないから、後者の途が開かれるのではなくてはなるまい。本件は、まさに、こうした場合に該当する事案であるといえるのではなからうか。

(四) 最高裁判決は、以上に批評対象としてきたような、審査基準の変更と改訂検定の能否(一)、および、同じく訴えの利益の存否(三)についていずれもこれを消極とみる判断を繰々示しておきながら、最後に至り、それは「あくまで原則論」にすぎず、右を積極に解しうる「例外的」場合もありうるとし、本件がそれに該するか否かの審理を命ずべく、差戻しの結論に至っている。

この、判決のとった論理構造は、これをめぐって種々の推測⁽²⁸⁾がなされるほど、いささか奇異なものに思われる。ただ、ここでは、こうした論理に至った背景やそのもつ意味についての関心からは離れて、次の点だけを指摘するにとどめよう。すなわち、判決が、差戻しの理由として「改訂検定制度と審査基準の変更との関係についての検定審査の運用面からの考察を含むより具体的な究明と、本件学習指導要領の改正が本件教科書の記述に及ぼすべき影響の内容及び程度等についての検討を必要とする」との点が挙げられている個所に注目を寄せるべきであるとするなら、右の

点は、もはや訴訟法的論点としての訴えの利益論の枠をはみ出した、多分に実体的な性格のものであるといわなければならない。⁽²⁶⁾したがって、差戻し審の裁判官は、「学習指導要領の抽象的な文言を基準に……実体的判断を迫られることになる。⁽²⁷⁾このことは、また、差戻し審においては、教科書検定制度と運用実態、学習指導要領の法的性格、学習指導要領と検定制度の関連性、等々の問題を、憲法と教育基本法に導かれる現行教育にもとづいて、広範に審理しうる可能性が開かれたことを意味するものである。

四 以上で、本判決が示した判断についての評釈をほぼ了えることができる。(なお、上告理由第二点については、判断が省略されている。この点は、本件家永教科書第二次訴訟の控訴審以降に登場した重要な争点の一つであり、上告審では当事者双方とも詳細な主張を展開した由である。⁽²⁸⁾しかし、既にみたとおり、裁判所は訴えの利益の問題で本件訴訟に結着を付けたから、右の争点の判断に入る必要がなかったのである。)

一、二の事柄を付け足して稿を閉じることしよう。それは、いずれも本判決の射程範囲の解釈の問題である。ひとつには、本判決は教科書検定制度の合憲性を認めたものであるか否かの点であるが、行政解釈は、たとえば、「今回の最高裁判決も、教科書検定制度の憲法上の適否については論及していないけれど、教科書検定が合憲であることを前提としているものと考えられる」と述べ、また、文部省初等中学教育局長も、判決後、これと同趣の発言をくりかえしたとされる。⁽³⁰⁾しかし、検定制度の合憲性の問題は、控訴審がそれに対する判断を回避して争点を法律レベルに限定したことにより上告審では全く論じられる余地がなかったものであって、上告審判決はあるがままの検定制度を対象にして判断をすすめたにすぎないのである。もうひとつは、本判決によって第一審本判決まで破棄されたのか、という論点である。本判決は「原判決を破棄」し「本件を高等裁判所に差し戻」したものであるから、一審判決が事実上はともあれ法的影響を何ら受けるものでないことは明瞭であるが、初中局長により、「一審判決と、二審判決は最高裁の原判決破棄で消えた。文献的な意味は残るかもしれないが、法律的な意味は消えた」旨の見解が国会で

表明され、論議を呼んだ。⁽³²⁾ この見解は、訴訟制度への初歩的な誤解によるものといわざるをえないが、行政官の文獻にも同様に、一審判決は「意味のない」ものとなったとするものがあるので、ここに取り上げておいた。⁽³³⁾

註

(1) 〔文部省〕教科書検定課「教科書検定第二次訴訟の最高裁判決について」(後出)三二頁による。

(2) 朝日新聞一九八二年四月九日付(名古屋本社版)を参考にした。

(3) 見ることができた範囲で、公刊順に掲げると、新井章「第二次家永訴訟最高裁判決を批判する」労働法律旬報一〇四六号(一九八二年四月二五号)四頁、伊藤公一「教育裁判について」教育委員会月報三八一号(一九八二年五月号)一四頁、教科書検定課「教科書検定第二次訴訟の最高裁判決について」全右三〇頁、家永三郎・兼子仁・堀尾輝久(座談会)「教科書訴訟最高裁判決を考える」法学セミナー三三八号(一九八二年六月号)八頁、はやし・しうぞう「第二次家永教科書訴訟に対する最高裁判決についてのコメントと今後の問題点」時の法令一一四五号(一九八二年六月)五七頁、石田真一「教科書裁判・最高裁判決をめぐる」部落三四卷六号(一九八二年六月号)六四頁、田中館照稿「第二次教科書検定最高裁判決とその争点」ジュリスト七七〇号(一九八二年七月一日号)一四頁、堀尾輝久「教科書裁判最高裁判決に思う——『訴えの利益』をめぐる問題の重要性について」全右三〇頁、園部逸夫「第二次家永訴訟最高裁判決の法理」全右二六頁、鈴木庸夫「家永教科書裁判の軌跡」全右二八頁、松永栄治「教科書訴訟——その経緯と概要」法律のひろば三五卷七号(一九八二年七月号)四頁、上野至「上告審判決の意義」全右二二頁、伊藤公一「学習指導要領」をめぐる」全右一九頁、林修三「教科書検定の意義とその問題点」全右二六頁、松本昌悦「教育権をめぐる」全右三一頁、佐藤司「第二次最高裁判決の意義と問題点」季刊教育法四四号(一九八二年夏季号)七頁)六八頁、菱村幸彦「教科書訴訟最高裁判決の論点」全右七八頁、浪本勝年「四・八最高裁判決の歴史的意味」全右八六頁、永井憲一「教科書裁判を考える——最高裁一九八二年四月八日判決を契機として」法学教室二三三三(一九八二年八月号)一〇五頁、などがあり、この他にも、『教育』四一三三(一九八二年六月増刊号)が「教科書裁判最高裁判決と教育の進路」を特集して各学界からの多様な論稿を収めている。なお、未見であるが、家永「教科書裁判最高裁判決について」日本の科学者一七卷八号、なども出されている。

(4) 逆にいえば、今回の上告審判決はこのような内容をもつ控訴審判決を破棄した上で差戻したのであるから、差戻し審では教科書検定制度およびその運用の合憲性を審理する可能性があることになるといえる(参照、法学セミナー三二八号

の座談会〔前掲〕における兼子仁発言（一三一—四頁）。

(5) 新井章・前掲四頁もこの点を指摘する。

(6) 参照、園部逸夫・前掲二七頁。

(7) 参照、上野至・前掲一四—一五頁。

(8) 参照、全右一五頁。

(9) 田中館照橋・前掲一七頁。同論文が本判決と「類似した裁判事例」として挙げているものは、「(1)買収農地の一時貸付をうけた者はその農地の買収取消処分が無効確認を求める利益があるとするもの（奈良地判昭和三五・七・二六、行裁例集一一卷七号一八八三頁、同趣旨高松地判昭和三九・一〇・一三、行裁例集一五卷一〇号一九〇〇頁）、(2)既存の公衆浴場営業者は隣接地区において第三者に対してなされた公衆浴場営業許可処分の無効確認を求める法律上の利益がないとはいえないとするもの（最二小判昭和三七・一・一九、民集一六卷一五七五頁）」であるが、本件の事案が利益を共通にする者のケースであるのに対して、右の諸事案は個人相互の利益が相反する事例なのである。

(10) 現行の教科書図書検定基準（本文に記したように義務教育諸学校用と高等学校校用に分けられているが）では、「絶対条件」は「基本条件」に変わっている。但し、趣旨は共通している。

(11) 参照、新井・前掲六頁。

(12) 堀尾・前掲二三頁もこの点を強調している。

(13) この点で、杉村敏正「教科書検定における行政裁量とその限界」法律時報五四卷一〇号（一九八二年一〇月号）は、今日の時点で、杉本判決の示した、検定は、それが教科書の内容が教育課程の大綱的基準内にあるか否かを超えてなされるときには違法となる、との判断について、「検定機関が検定基準の解釈・適用の際に行使する裁量権の限界を具体的に指摘するものとして極めて重要かつ適切である」（五一頁）と、改めて高い評価を与えている。

(14) 伊藤公一・前掲一六頁。文部省の行政解釈もこの観方をとる（参照、教科書検定課・前掲四〇頁）。

(15) 園部・前掲二七頁。

(16) 全右。

(17) 職業教科については、現実に、文部省の教科書目録に、新旧両学習指導要領による教科書が併載されており（参照、鈴木庸夫・前掲三四頁）、日本史についても、旧要領による教科書を受理できるような欄が作られている（参照、法学セミナー

三二八号の座談会〔前掲〕における家永発言（一四頁）。

（18）堀尾・前掲二四頁。

（19）教育四一三号（前掲）の座談会「最高裁判決と教育の進路」における松島栄一発言（二三頁）。

（20）毎日新聞一九八二年四月九日付「社説」（佐藤司・前掲七五頁による）。

（21）参照、園部・前掲二七頁。

（22）田村悦一「医業停止期間の経過と当該行政処分取消訴訟の利益」民商法雑誌八六卷六号（一九八二年九月）は、右標題の事項が問題となった事案の最高裁判決（昭和五十六年二月一八日第二小法廷、判例集未登載）をめぐって、「当該処分が将来にわたって効力を生ずる可能性ないし蓋然性を、被処分者の職業や社会的地位等に照らして具体的に判断」する態度が望まれる旨指摘する（一五七頁）。

（23）前掲・法学セミナー座談会での家永発言（一四頁）。

（24）参照、田村悦一・前掲一五八頁。

（25）たとえば、新井・前掲は、「うがちすぎであろうか」と留保しつつ、「おそらくそれは今回の判決で『全員一致』をかちとるための、苦肉の妥協の結果だったとみ」ている（五頁）。なお、佐藤・前掲は、「このような判決理由の後半部分は前半部分とは逆に、家永側の主張を採用したもののか、あるいはその影響をうけたものであることは容易に理解できる」という（七五頁）。

（26）なお、園部・前掲は、差戻しの結論に至ったのは「やはり学習指導要領がいわば法令と行政処分の間を微妙にゆれ動く中間的位置にあるため、一義的にその法的性格を定めえない部分が全くないとは断定しえないことによるものであるといえる」とし、そのことは、本文所掲の判旨に示されているような「法令の改正の場合には通常考慮しえない諸要素を想定していることから容易に窺い知ることができる」としている（二七頁）。

（27）鈴木・前掲三四頁。

（28）参照、佐藤・前掲七三頁。

（29）菱村幸彦（文部省初等中等教育局審議官）・前掲八五頁。さらに、教科書検定課・前掲四〇頁、松永栄治（法務省訟務局付検事）・前掲一一頁、も同様である。

（30）堀尾・前掲二一頁による。

- (31) 新井・前掲七頁。この手法は、同論文がいうとおり、恵庭事件判決（札幌地判昭和四二年三月二十九日下刑集九卷三号三五九頁）のそれと同じである。
- (32) 浪本勝年・前掲九四頁による。
- (33) 菱村・前掲八三頁。

一九八二年一〇月一五日脱稿

(小 林 武)

追記 本評釈については、関西行政法研究会の一九八二年十一月例会（同月二一日開催）において報告する機会を得ている。そこでは多くの有益な示唆を受けたが、脱稿後であったため、この稿には生かしていない。

一九八二年一月二二日